

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2015도16014 의료법위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 검사  
변 호 인 변호사 김주현  
원 심 판 결 대구지방법원 2015. 9. 25. 선고 2014노4356 판결  
판 결 선 고 2017. 2. 16.

## 주 문

상고를 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 법률의 시행령은 모법인 법률의 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에서 규정하지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없고, 특히 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 그 처벌의 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것이므로, 그러한 시행령은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다(대법원 1998.

10. 15. 선고 98도1759 전원합의체 판결, 대법원 1999. 2. 11. 선고 98도2816 전원합의체 판결 참조).

의료법(2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제41조는 "각종 병원에는 응급환자와 입원환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두어야 한다."라고 규정하는 한편, 제90조에서 제41조를 위반한 사람에 대한 처벌규정을 두었다. 이와 같이 의료법 제41조는 각종 병원에 응급환자와 입원환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두어야 한다고만 규정하고 있을 뿐, 각종 병원에 두어야 하는 당직의료인의 수와 자격에 아무런 제한을 두고 있지 않고 이를 하위 법령에 위임하고 있지도 않다.

그런데도 의료법 시행령 제18조 제1항(이하 '이 사건 시행령 조항'이라 한다)은 "법 제41조에 따라 각종 병원에 두어야 하는 당직의료인의 수는 입원환자 200명까지는 의사·치과의사 또는 한의사의 경우에는 1명, 간호사의 경우에는 2명을 두되, 입원환자 200명을 초과하는 200명마다 의사·치과의사 또는 한의사의 경우에는 1명, 간호사의 경우에는 2명을 추가한 인원 수로 한다."라고 규정하고 있다. 의료법 제41조가 "환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두어야 한다"고 규정하고 있을 뿐인데도 이 사건 시행령 조항은 그 당직의료인의 수와 자격 등 배치기준을 규정하고 이를 위반하면 의료법 제90조에 의한 처벌의 대상이 되도록 함으로써 형사처벌의 대상을 신설 또는 확장하였다. 그러므로 이 사건 시행령 조항은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효라고 할 것이다.

원심은 판시와 같은 이유로, 의료법의 위임 없이 이 사건 시행령 조항에 규정된 당직의료인의 수를 준수하지 아니한 행위를 의료법 제90조에 따라 처벌하는 것은 죄형법정주의 원칙에 위반된다고 판단하여, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을

파기하고 무죄를 선고하였다.

위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같이 죄형법정주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었다.

2. 대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 별개의견은 다음과 같다.

가. 법률의 시행령은 그 모법에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 모법이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수 없음이 원칙이다. 특히 해당 규정이 형사처벌에 관한 법률의 내용을 보충하는 것으로서 법률과 결합하여 형사처벌의 근거가 되기 위해서는 죄형법정주의의 원칙상 법률로부터 구체적으로 범위를 정하여 위임받을 것이 요구된다.

그렇지만, 모법의 시행령 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보면 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 법률에 위배된다고 할 수는 없다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두 19526 판결 등 참조). 그리고 개인의 권리·의무에 관한 내용을 정하는 시행령 규정이라 하더라도 해당 시행령 규정이 형사처벌이나 조세부과의 근거가 되는 경우와 그 밖의 경우에 그 모법이 정한 위임의 범위를 벗어나는지 여부 내지 그 적용 가능성에 관한 판단 기준이 같다고 할 수 없다. 형사처벌 규정이나 조세부과 규정의 경우에는 죄형법정주의나 조세법률주의 원칙에 의하여 모법의 규정을 확장하거나 다른 법률 규정

을 유추하여 해석하는 것이 금지되거나 엄격히 제한되는 반면, 다른 영역의 법률 규정들의 경우에는 이러한 제한을 받지 아니하여 그 해석의 범위가 넓어지므로, 모법의 위임이 없어도 모법 규정의 해석 범위 내에서 규정할 수 있는 시행령의 범위는 달라질 수 있다.

그뿐 아니라 시행령은 모법에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항뿐 아니라 모법을 집행하기 위하여 필요한 사항에 대하여 규정할 수 있으므로(헌법 제75조), 해당 시행령 규정이 개인의 권리·의무에 관한 내용을 직접 변경·보충하는 것이 아니라면 앞에서 본 것과 같은 제한을 받지 아니하며, 모법을 시행하거나 집행하기 위하여 필요한 사항 내지 지침이나 준칙으로서의 규정을 두는 것은 얼마든지 허용된다.

따라서 법률의 시행령이 모법으로부터 직접 위임을 받지 아니한 규정을 두었다 하더라도 그 규정을 둔 취지와 구체적인 기능을 살펴 그 내용을 해석하고 그에 따라 그 규정의 모법 위배 내지 적용 가능성을 가려야 한다. 예를 들어 모법에서 어떠한 행위를 하도록 포괄적으로 규정하는 한편 그 법률 규정 위반에 대하여 처벌하도록 정하였는데 시행령에서 모법의 위임 없이 그 행위와 관련된 내용을 규정한 경우에, 모법의 처벌규정을 해석·적용할 때에는 해당 시행령 규정이 모법으로부터 직접 위임을 받지 아니한 것이어서 모법에 의한 처벌은 그 법률 규정 자체의 위반에 그치고 해당 시행령 규정을 모법의 행위규범과 결합한 처벌 근거로 삼아 이를 적용할 수 없다고 하더라도, 모법의 행위규범과 관련하여서는 그 해석 가능한 범위 내에서 그 내용을 보완하는 규정이 될 수 있고 또한 적어도 그 시행 또는 집행을 위하여 필요한 지침이나 준칙으로서 기능할 수도 있으므로 그 범위 내에서는 유효하여 이를 적용할 수 있다고 보아야 하며, 무조건적으로 법에 위배된다거나 무효라고 단정하여서는 아니 된다.

나. (1) 의료법 제41조는 "각종 병원에는 응급환자와 입원환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두어야 한다."라고 규정하면서도, "진료 등에 필요한 당직의료인"의 자격이나 인원 및 당직 근무 방법에 관하여는 구체적으로 정하고 있지 아니하며 또한 이에 관하여 대통령령 등에서 정할 수 있도록 위임하는 규정을 두고 있지 아니하다. 그런데 의료법 시행령 제18조 제1항(이 사건 시행령 조항이다)은 "법 제41조에 따라 각종 병원에 두어야 하는 당직의료인의 수는 입원환자 200명까지는 의사·치과의사 또는 한의사의 경우에는 1명, 간호사의 경우에는 2명을 두되, 입원환자 200명을 초과하는 200명마다 의사·치과의사 또는 한의사의 경우에는 1명, 간호사의 경우에는 2명을 추가한 인원 수로 한다."라고 규정하고, 또한 의료법 시행령 제18조 제2항(이하 '이 사건 시행령 조항 제2항'이라 한다)은 "정신병원, 재활병원, 결핵병원 등은 입원환자를 진료하는데에 지장이 없도록 해당 병원의 자체 기준에 따라 배치할 수 있다."라고 규정하고 있다.

(2) 의료법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진함을 목적으로 제정된 법으로서(의료법 제1조), 의료인은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말하며 해당 종별에 따라 정하여진 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다(의료법 제2조). 의료기관은 의료인이 공중(公衆) 또는 특정 다수인을 위하여 의료·조산의 업(이하 '의료업'이라 한다)을 하는 곳으로서, 그 중에서 병원급 의료기관은 의사·치과의사 또는 한의사가 주로 입원환자를 대상으로 의료행위를 하는 '병원, 치과병원, 한방병원, 요양병원(정신보건법 제3조 제3호에 따른 정신의료기관 중 정신병원, 장애인복지법 제58조 제1항

제2호에 따른 의료재활시설로서 제3조의2의 요건을 갖춘 의료기관을 포함한다), 종합 병원'을 말하고(의료법 제3조 제2항 제3호), 이를 위하여 '병원·치과병원·한방병원 및 요양병원'은 30개 이상의 병상(병원·한방병원만 해당한다) 또는 요양병상(요양병원만 해당하며, 장기입원이 필요한 환자를 대상으로 의료행위를 하기 위하여 설치한 병상을 말한다)을 갖추도록 하고 있으며(의료법 제3조의2), 병원급 의료기관 중에서 특정 진료 과목이나 특정 질환 등에 대하여 난이도가 높은 의료행위를 할 수 있는 요건을 갖춘 병원을 전문병원으로 지정할 수 있고(의료법 제3조의5), 또한 종합병원 중에서도 일정한 요건을 갖추고 중증질환에 대하여 난이도가 높은 의료행위를 전문적으로 하는 종합 병원을 상급종합병원으로 지정할 수 있도록 하고 있다(의료법 제3조의4).

그리고 의료인과 의료기관의 장은 의료의 질을 높이고 병원감염을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 하며(의료법 제4조 제1항), 또한 모든 국민은 응급의료에 관한 법률(이하 '응급의료법'이라 한다)에 따라 성별, 나이, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별 받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다(응급의료법 제3조). 응급의료법에 따라 지정된 응급의료기관 등에서 근무하는 응급의료종사자는 응급환자를 항상 진료할 수 있도록 응급의료업무에 성실히 종사하여야 하고(응급의료법 제6조 제1항), 의료인은 해당 의료기관의 능력으로는 응급환자에 대하여 적절한 응급의료를 할 수 없다고 판단한 경우에는 지체 없이 그 환자를 적절한 응급의료가 가능한 다른 의료기관으로 이송하여야 하며, 의료기관의 장은 응급환자를 이송할 때에는 응급환자의 안전한 이송에 필요한 의료기구와 인력을 제공하여야 한다(응급의료법 제11조).

위와 같은 규정들에 비추어 보면, 30개 이상의 병상을 갖춘 각종 병원에 대하여 입

원환자와 응급환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두도록 한 것은 의료법 및 응급 의료법에 따라 환자 및 응급환자를 위하여 필요한 최선의 의료서비스를 제공하여야 하는 의료인 내지 의료기관의 의무를 다하기 위하여 요구되는 것으로서, 그 "진료 등에 필요한 당직의료인"은 이러한 입법 취지에 맞추어 해당 병원의 종류와 입원환자의 수 등을 고려하여 적절한 자격을 갖춘 의료인을 의미한다고 해석될 수 있으며, 이러한 사정을 참작하여 각종 병원에 적합한 당직의료인의 자격과 수에 대하여 기준을 정하는 것은 당직의료인 제도의 시행을 위하여 바람직하다.

(3) 따라서 의료법 제41조에서 "입원환자와 응급환자의 진료 등에 필요한 당직의료인"의 내용에 관하여 시행령에서 정하도록 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다 하더라도, 그 제도의 시행을 위하여 각종 병원에 적합한 당직의료인의 자격과 수나 근무 형태에 대하여 기준을 정하는 것은 허용되며, 이 사건 시행령 조항이나 이 사건 시행령 조항 제2항에서 각종 병원별로 당직의료인의 자격과 수에 관하여 정하고 특히 정신 병원, 재활병원, 결핵병원 등에 대하여는 해당 병원의 자체 기준에 따라 배치할 수 있도록 한 것은 이러한 취지에서 규정되었다 할 수 있다.

비록 이 사건 시행령 조항에 대하여 구체적인 위임이 없음에 비추어 이 사건 시행령 조항에서 정한 각종 병원별 "당직의료인의 자격과 수"가 의료기관 내지 병원의 당직의료인 배치 의무에 관한 내용을 직접 변경·보충하는 것으로 보아 직접적으로 의료기관에 의무를 지우거나 그 위반을 제재하는 근거 규정으로 삼기는 어렵다고 하더라도, 적어도 당직의료인 제도를 시행하거나 집행하기 위하여 필요한 지침이나 준칙으로서의 의미를 가진다고 보인다.

의료법 제59조 제1항에 의하면 보건복지부장관 등은 보건의료정책을 위하여 필요하

거나 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 할 수 있고, 이러한 지도와 명령의 대상에는 당직의료인 제도에 관한 사항도 포함될 수 있는데, 이 사건 시행령 조항은 당직의료인 제도에 관한 지도와 명령과 관련하여 기준이 되는 지침이나 준칙으로서 그 근거 규정이 될 수 있다. 그리고 보건복지부장관 등은 위 명령을 위반한 의료기관이나 의료인의 의료업을 1년의 범위에서 정지시키거나 그 개설 허가의 취소 또는 의료기관 폐쇄를 명할 수 있는데(의료법 제64조 제1항), 보건복지부장관 등이 이 사건 시행령 조항에 따라 한 당직의료인 제도에 관한 지도, 명령이나 그에 기초한 업무정지, 개설허가의 취소 또는 의료기관 폐쇄 등의 처분이 적법한지 여부는, 그 지도, 명령이 의료법 제59조 제1항의 요건을 갖추었는지 여부 및 그에 관한 재량권을 일탈·남용하였는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 즉 이 사건 시행령 조항에 따라 지도, 명령을 하였다는 사정은 의료법 제59조 제1항의 요건을 갖추었다고 볼 수 있는 긍정적인 요소가 될 수는 있지만 그 사정만으로 그 지도, 명령이 적법하다고 단정할 수는 없으며, 반대로 이 사건 시행령 조항에 관하여 모법의 위임이 없다는 이유만으로 그 지도, 명령이 위법하다거나 무효라고 평가하기는 어려울 것이다.

(4) 한편 의료법 제90조는 제41조를 위반한 사람에 대하여 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 의료법 제90조에 의한 처벌 대상은 제41조를 위반한 행위이므로, 각종 병원에서 응급환자와 입원환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두지 아니한 경우에 처벌대상이 된다.

그런데 이 사건 시행령 조항이 의료법 제41조의 시행을 위하여 둔 규정이라 하더라도 의료법으로부터 구체적인 위임을 받지 아니하고 규정된 이상, 앞에서 본 법리에 비

추어 제90조의 적용과 관련하여서는 그 처벌 대상인 "진료 등에 필요한 당직의료인"을 두지 아니한 경우에 해당하는지 여부를 가리는 직접적인 근거 규정이 될 수 없으므로 이 사건 시행령 조항이 제41조와 결합하여 처벌의 근거규정이 된다고도 볼 수 없고, 결국 제41조의 규정 자체의 해석에 의하여 "진료 등에 필요한 당직의료인"이라고 인정되는 범위 내에서 그 위반 여부가 판단되어야 하며, 그에 따라 위반으로 판단되는 행위에 대하여 제90조를 적용하여 처벌할 수 있을 것이다.

그뿐 아니라 이 사건 시행령 조항 제2항에 의하면 '정신병원, 재활병원, 결핵병원 등'은 입원환자를 진료하는 데에 지장이 없도록 해당 병원의 자체 기준에 따라 배치할 수 있도록 정하고 있는데, 의료법상 요양병원과 위 병원들 사이의 구분이 명확하지 아니하여 과연 일반적으로 병원에 관하여 정한 이 사건 시행령 조항이 이 사건 시행령 조항 제2항을 배제하고 요양병원에 적용되는지도 분명하지 아니하므로, 이 점에 있어서도 이 사건 시행령 조항을 가지고 요양병원의 의료법 제41조 위반에 관한 근거 규정으로 삼기 어렵다.

다. 원심은 이 사건 시행령 조항을 준수하지 아니한 행위를 처벌하는 것은 법률에 근거하지 아니한 처벌로 죄형법정주의에 위반된다는 등의 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 운영하는 요양병원이 이 사건 시행령 조항에서 정한 당직의료인의 수를 충족하지 못하였다는 이유만으로 의료법 제41조를 위반하였다고 보아 의료법 제90조에 의하여 처벌할 수는 없다는 취지로 판단하였다.

이러한 원심의 판단은 위에서 살펴본 법리에 따른 것으로 볼 수 있고, 거기에 상고 이유 주장과 같이 죄형법정주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

라. 이상과 같이 이 사건의 결론에 관하여는 다수의견과 같지만 그 이유는 다르므로,

별개의견으로 이를 밝혀 둔다.

재판장      대법원장      양승태 \_\_\_\_\_

                  대법관      이상훈 \_\_\_\_\_

                  대법관      박병대 \_\_\_\_\_

                  대법관      김용덕 \_\_\_\_\_

                  대법관      박보영 \_\_\_\_\_

                  대법관      김창석 \_\_\_\_\_

주    심      대법관      김    신 \_\_\_\_\_

                  대법관      김소영 \_\_\_\_\_

                  대법관      조희대 \_\_\_\_\_

대법관 권순일 \_\_\_\_\_

대법관 박상옥 \_\_\_\_\_

대법관 이기택 \_\_\_\_\_

대법관 김재형 \_\_\_\_\_